

デジタル遺品の相続性に関する条項への消費者契約法10条の適用可能性 (2) ——小笠原

論 説

デジタル遺品の相続性に関する条項への 消費者契約法10条の適用可能性 (2)

ードイツ連邦通常裁判所2018年7月12日判決 (Facebook判決) を契機としてー

小笠原 奈菜

第一章 はじめに

第二章 ドイツ連邦通常裁判所2018年7月12日判決 (Facebook判決)

(以上、70・71号合併号)

第三章 本判決の分析

第一節 本判決の概要

第二節 不当条項規制に関する本判決における判断

第三節 本判決についての学説

第一款 議論の前提

(1) SNS事業者と利用者との利用契約の性質

(2) SNS事業者の義務

第二款 不当条項規制に関する議論

(1) 相続性の契約による排除

(2) 譲渡禁止条項と相続性との関係

(3) 追悼規律の解釈

(4) 追悼規律の有効性

(5) 相続禁止条項の有効性

(6) 本判決の射程

(以上、本号)

第四章 日本法への示唆

第三章 本判決の分析

第一節 本判決の概要

本判決は、包括承継原則（*Universalsukzession*：ド民1922条⁽¹⁾）に基づいて、被相続人とソーシャルネットワークサービス事業者（以下、「SNS事業者」という。）との間の契約関係が相続人に引き継がれるとした。理由としては、下記六点が示された。

第一は、契約条項によっても相続性は排除されないという理由である⁽²⁾。死後のアクセスを制限する「追悼状態」に関する規律（以下、「追悼規律」という。）は、ド民307条3項1文によって内容規制の対象とならない給付記述ではないので、307条1項及び2項に基づく内容規制の対象となり、「不当な不利益」があるものとして無効となるとする。第二は、アカウントの内容による区分はできないという理由である⁽³⁾。当該契約関係は純個人的（*höchstpersönlich*）なものではなく、仮に純個人的なものであっても、相続人は純個人的な遺産の相続が認められる最近親者（*nächste Angehörigen*）でもある。第三は、デジタルコンテンツは日記や手紙に匹敵するという理由である⁽⁴⁾。ド民2047条2項及びド民

(1) ドイツ民法1922条（包括的権利承継）

1項 人の死亡（相続開始）とともに、その財産（相続財産）は、全体として、他の一人又は数人の者（相続人）に移転する。

2項 共同相続人の持分（相続分）については、相続財産に関する規定を適用する。

なお、ドイツ民法の条文訳については、相続法に関しては太田武男＝佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』（三省堂、1989年）を参照した。

(2) 拙稿「デジタル遺品の相続性に関する条項への消費者契約法10条の適用可能性—ドイツ連邦通常裁判所2018年7月12日判決（Facebook判決）を契機として—（1）」山形大学法政論叢70=71号（2019年）101頁（1）以下参照。

(3) 拙稿・前掲注（2）112頁以下（3）参照。

(4) 拙稿・前掲注（2）112頁以下（3）参照。

2373条2文から明らかなように、純個人的なコンテンツの法的地位も相続人に移転されるので、日記や手紙の所有権も相続人に移転するという扱いがなされている。したがって、日記や手紙に匹敵するデジタルコンテンツも相続人に移転するという。第四は、死後人格権によっても相続性は排除されないという理由である⁽⁵⁾。死後人格権の侵害が生じた場合、死者の最近親者は、差止・撤回請求権の形態で防御権を行使することができる。しかしこのことは、純個人的なデジタルコンテンツに関して、相続権に優先する最近親者の権利を正当化するものではないという。第五は、通信の秘密によっても相続性は排除されないという理由である⁽⁶⁾。相続人は、電気通信法88条3項の「他人」ではないので、被相続人の通信内容等を知らせることは電気通信法88条3項に違反しないという。第六は、EU一般データ保護規則とも矛盾しないという理由である⁽⁷⁾。EU一般データ保護規則6条1項b号前段及びfによると、データ主体が契約当事者となっている契約の履行のために必要となる場合、取扱いが適法である。相続によって相続人が契約当事者となるため、相続人のアクセスを許可することは適法であるという。

本判決は、デジタル遺品に関して、ドイツ連邦通常裁判所が初めて判断を示したものであり、多岐にわたる論点について検討がなされている。本章では、上記理由の第一の契約条項によっても相続性は排除されないとの判断につき詳細を示し（第二節）、これに関するドイツの学説を紹介する（第三節）。

(5) 拙稿・前掲注 (2) 115頁 b) 参照。

(6) 拙稿・前掲注 (2) 116頁以下 c) 参照。

(7) 拙稿・前掲注 (2) 120頁以下 d) 参照。

第二節 不当条項規制に関する本判決における判断

本判決は、第一に、相続性は契約によって排除することができるという原則を確認した。第二に、譲渡禁止条項と相続性との関係について、利用規約上の譲渡禁止条項は、生存中の利用者に適用するものであり、死亡に関する条項ではないとした。そして、契約上の利用関係及びそこから生じるアカウントアクセス権の相続性が普通取引約款によって有効に排除されるかどうかについて本判決は判断しないとした。第三に、普通取引約款の契約への組入れ（ド民305条⁽⁸⁾）について、追悼規律はヘルプセンターのページのみに記載したものであり、利用契約の構成部分ではないとした。理由は、追悼規律を契約締結時に示し、約款内容を認識できる状況があったとはいえないため、「約款使用者が契約に際して、契約相手方に対して、明示的に……普通取引約款を示した場合」という

(8) ドイツ民法305条（普通取引約款の契約への組入れ）

1 項 普通取引約款とは、契約の一方当事者（使用者）が、契約の締結に際して他方の契約当事者に設定する、多くの契約に用いるために予め定式化された全ての契約条件をいう。約款の諸規定が、外見上は契約書と分離されているかあるいは契約書自体に取り込まれているか、いかなる範囲に及ぶものであるか、いかなる種類の書体で記載されているか、および契約がいかなる形式をとっているかは、これを問わない。当該契約条件が当事者間において個別に交渉された結果である場合には、普通取引約款ではない。

2 項 次の各号をともに満たし、且つ、契約相手方が約款を用いることに同意した場合には普通取引約款は契約の構成部分となる。

1 号 約款使用者が契約締結に際して、契約相手方に対して、明示的に、または明示の指示が契約締結の態様により著しく困難であるときには契約締結の場所でははっきりと確認できるような掲示によって、普通取引約款を示した場合。

2 号 約款使用者によって契約相手方に合理的な方法で約款の内容を認識できる状況が作り出された場合。

3 項 契約当事者は、特定の種類の法律行為について第1項所定の要件に従い、特定の普通取引約款の適用を予め合意することができる。

なお、ドイツ民法の条文訳については、約款規制に関しては石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法 [改定普及版]』（同文館、1999年）を参照した。

ド民305条2項1号の要件及び「約款使用者によって……約款の内容を認識できる状況が作り出された場合」という同項2号の要件を満たしていないということである。

さらに本判決は、仮に、上記第三で示したド民305条の要件を満たして追悼規律が利用契約の構成部分となった場合について判断した。第一に、追悼規律が内容規制の対象となるか否かに関するド民307条3項1文⁽⁹⁾について、追悼規律は給付記述ではないため、内容規制の対象となるとした。直接の給付対象に関する取決めの場合にのみ内容規制を免れるが、給付義務を制限・変更・修正・調整する規律は内容規制を受けるということと、内容規制を免れる給付記述は、法規定の欠缺に基づく確定的・確定可能性の欠如によって契約関係が履行不可能とならないように、必ず当事者により確定されなければならない全ての契約構成要素であることを連邦通常裁判所2017年10月5日判決が判示したことを確認した。その上で、追悼規律にはこのような性質が無く、給付記述ではないとした⁽¹⁰⁾。追悼規律の性質について、既存の給付範囲の事後的な変更とした。SNS事業者であるYの契約上の主たる給付義務は通信プラットフォームの提供、すなわち、アカウントへのアクセス・保存されている

(9) ドイツ民法307条（内容規制）

1項、2項 略

3項 第1項および第2項ならびに308条および309条は、法規定と相違するまたは法規定を補充する規律が合意されている普通取引約款中の条項においてのみ適用する。他の規定は、第1項第1文と結びついた第1項第2文に従って無効となりうる。

(10) ド民307条3項は、その意味・目的を解明するに際し、文言からの解釈は難しいとして、しばしば立法理由が引用される。普通取引約款中の条項が、内容的に法が規範という枠から解放している範囲のものであるかぎり（給付記述や価格合意）、また、いずれにせよ当然に適用されることのみを述べているものであるかぎり、内容規制は行われないう意味である（石田編・前掲注（8）89頁）。したがって、条項が給付記述にあたる場合には、ド民307条3項に基づき内容規制の対象とはならないこととなる。

コンテンツへのアクセス・それらの処分を利用者に可能とする義務であり、当該義務は原則として制限なく存続するとした。そして、追悼規律によって、新たな契約当事者である相続人との関係において、死亡通知後は当該義務が制限されることになるので、追悼規律は、利用規約に基づく請求権の本質的内容の変更であると解釈した。

上記により内容規制の対象となる追悼規律について、本判決は、下記の三点から、無効であると判断した。第一に、ド民307条1項及び2項1号⁽¹¹⁾に示された法規定の本質的基本理念と相容れず不当な不利益があるとした。追悼規律は、利用契約の相続性を否定するものではないが、任意の第三者による被相続人の死亡通知後にアカウントへのアクセス権を拒否し、主たる給付請求権を相続人から奪うことから、相続人の権利を空洞化するものであるとする。このことは、被相続人のあらゆる権利義務を伴った債権債務関係が相続人へ移転するという包括承継原則という、ド民1922条の本質的基本理念に矛盾する。包括承継原則は、財産の明白な帰属・配分とともに、利害関係人の法的安定性の確保に資するも

(11) ドイツ民法307条（内容規制）

1項 約款中の条項が信義誠実の命ずるところに反して約款使用者の契約相手方に不当に不利益を与える場合には、その条項は無効である。不相当な不利益は、規定が不明確であり、かつ理解しがたいことから生じうる。

2項 約款中の条項が次の各号に該当する場合には、疑わしいときは、その条項は不当に不利益を与えるものと推定される。

1号 法規定と異なる条項が、その法規定の本質的基本理念と相容れないとき、または、

2号 条項が、契約の性質から生ずる本質的な権利または義務を、契約目的の達成が危殆化されるほどに制限するとき。

3項 略

のであり¹²⁾、追悼規律によりSNS事業者であるY以外の誰もアクセスできない「データ墓地」が作られると、財産の明白な帰属配分、利害関係人の法的安定性の確保が保障されなくなるとした。また、本判決は、約款使用者側の正当な利益は無いとした¹³⁾。約款使用者であるYの正当な利益とは通信の秘密に関する利益であるが、相続人は、電気通信法88条3項¹⁴⁾の「他人」ではないため、Yが相続人にアクセスを認めても、電気通信法88条3項の義務違反とはならないとする。

(12) 遺産に属する権利や義務が一体として一人または数人の相続人に移転することにより、法的明確性が確保されるうえ、遺産の一体的帰属という法的構成は、相続人の一人または数人について、たとえば相続放棄などにより後日に地位の変更が生じたといった場合も、容易に対応できるのである。また、遺産が一体的な責任財産として保持されることにより、遺産債権者の利益が保護されることになる。また、財産分離は、相続人を保護するとともに遺産債権者のため責任財産を保全するうえに必要なものであるが、この財産分離の方法は、相続財産を一体的に帰属させることにより、より容易になる（太田=佐藤編・前掲注（1）31頁）。

(13) ド民307条2項1号の「相容れないとき」要件について、法規定を回避することが約款使用者側の優越する利益、または少なくとも等価値の利益によって正当化される場合には、その回避は本質的基本理念と合致しうる（石田編・前掲注（8）140頁）。したがって、約款使用者側の利益の有無を検討する必要がある。

(14) 電気通信法88条（通信の秘密）

1項、2項（略）

3項 本条2項により義務を負う者は、電気通信サービスの技術システムの保護を含めてその業務上の提供につき必要とされた限度を越えて電気通信の内容及び詳細な状況を自ら知り又は他人に知らせてはならない。本項1文の義務負担者は、その1文に掲げられた目的のためにのみ、通信の秘密の対象となる事実の認識を利用することが許される。他の目的、特に他人への譲渡のための認識の利用は、この法律又はその他の法規定が、電子通信業務を明示的に規定する場合にのみ許される。刑法第138条に基づく報告義務は優先される。

なお、本条3項第1文・第2文の条文訳については臼井豊「デジタル遺品の法的処理に関する一考察（1）」立命館法学367号168頁（2016年）を参照した。

第二に、ド民307条1項及び2項2号⁽¹⁵⁾に示された契約目的達成を危殆化するほど制限し不当な不利益があるとした。追悼状態への移行により、アカウントへのアクセス・保存されているコンテンツへのアクセス・それらの処分権限という当該契約から生じる本質的権利が無くなることになり、これは、契約目的の達成が不可能となることにつながるとした。

第三に、ド民308条4号⁽¹⁶⁾に規定された変更留保条項にあたるとした。理由としては、追悼状態へアカウントが移行したにもかかわらず、コンテンツを「場合によっては」あるいは「まれに」引き出す権利をYが留保することがあるからである。

第三節 本判決についての学説

本判決はデジタル遺品に関しての初の判断として注目され、数多くの評釈等が出された。本節では、それらの中から、本稿の問題関心である不当条項規制に関する学説を検討する。

第一款 議論の前提

不当条項規制に関する学説の検討の前提として、本款では、SNS事業者と利用者との利用契約の性質及びSNS事業者の義務に関する議論を紹介する。

(15) 条文については前掲注（11）参照。

(16) ドイツ民法308条（評価の余地を伴う禁止条項）

普通取引約款において、とくに次のものは無効とする。

4号（変更留保）

給付を変更または逸脱する約款使用者の権利の合意。ただし、この変更または逸脱の合意が約款使用者の利益を考慮して契約相手にとって期待可能である場合は、この限りでない。

(1) SNS事業者と利用者との利用契約の性質

本判決の第一審⁽¹⁷⁾が利用契約の法的性質を判断したのに対し、本判決は、当該契約の法的性質は、問題解決にとって重要ではないので、判断しないとしたため、連邦通常裁判所が利用契約についてどのような性質決定をするかは明らかにされなかった。

学説においては、主に下記の三つの考え方が示されている。第一は、使用賃貸借、請負、雇用契約的な要素を有する債務法上の契約とする説である⁽¹⁸⁾。これについてBudzikiewiczは、次のように説明する⁽¹⁹⁾。クラウドの利用は、保存場所を自由に使用させることから、使用賃貸借契約あるいは使用賃貸借契約の性質である⁽²⁰⁾。Eメールアカウントは、伝達機能

(17) LG Berlin 2015年12月17日判決。判決内容については、臼井・前掲注 (14) 151頁以下参照。

(18) 第一審が示した法的性質決定である。ドイツの使用賃貸借 (Miete) とは、使用賃貸人と使用賃借人間の継続的債権関係であり、使用賃貸人が目的物を使用させる義務を負い、使用賃借人が賃料を支払う義務を負う双務有償契約である。また、雇用契約について、ドイツでは662条により委任契約が無償とされているために、日本における有償委任契約が雇用契約に含まれる (臼井・前掲注 (14) 166頁)。この見解を採るものとして、KG, Urteil vom 31.5.2017; Bock, Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses, AcP 2017, 370, 377f.; Bräutigam, Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken - Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten, MMR 2012, 635,640; Budzikiewicz, Digitaler Nachlass, AcP218(2018), 558, 569; Paulus, Keine unechten Sammelklagen in Verbrauchersachen, NJW 2018, 987,988がある。

(19) Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.569.

(20) クラウドの利用について使用賃貸借あるいは使用賃借とする見解について、他には、Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, Mai 2017, abrufbar unter https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/Fruehjahrskonferenz_neu/Bericht_der_AG_Digitaler_Neustart_vom_15_Mai_2017.pdf, 204; Wicker, Vertragstypologische Einordnung von Cloud Computing-Verträgen - Rechtliche Lösungen bei auftretenden Mängeln, MMR 2012, 783がある。

があることから、雇用契約あるいは請負契約である⁽²¹⁾。SNS事業者との契約は、保存場所の自由な使用及び伝達機能の両方の機能があるため、使用賃貸借、請負、雇用契約上の性質を含んでいる。

使用賃貸借、請負、雇用は有償契約であるが、利用者が金銭を支出しないソーシャルネットワークの利用契約を有償契約であると性質決定することについて、多くの説は次のように説明する⁽²²⁾。裁判例が示すように、Facebookの利用は無償ではない⁽²³⁾。すなわち、利用者は金銭を支払わないが、反対給付として個人情報を提供し、Facebookは個人情報を広告配信に利用してアカウント権利者に向けてターゲットを絞った方法で広告ができ、それにより収益をあげている。

利用者の反対給付の内容である個人情報の提供を、厳密に言えば個人情報のデータ処理及び利用への同意であるとする見解もある⁽²⁴⁾。ドイツ

(21) 雇用契約とする見解として、Kutscher, Der digitale Nachlass, 2015, S. 47f.; Lange/Holtwiesche, Digitaler Nachlass - eine Herausforderung für Wissenschaft und Praxis (1), ZERB 2016, 125, 126がある。請負契約とする見解として、Redeker, IT-Recht, 6. Aufl., 2017, Rn. 1090 f.がある。雇用契約とするだけでなく、請負契約にも分類できるとする見解として、Bock, a.a.O., (Fn.18), S.377f.がある。

Bräutigam, in: Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, Stellungnahme Nr.: 34/2013, 19は、請負、雇用、使用賃貸借の性質を持った混合契約であるとする。

(22) Paulus, a.a.O., (Fn.18), S.988; Sattler, Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand, JZ 2017, 1036; Leipold, in: MünchKommBGB, Bd.10, 8.Aufl., 2020, § 1922 Rn.33.

(23) LG Berlin, Urteil vom 16.1.2018.

(24) Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.570; Bericht der Arbeitsgruppe, a.a.O., (Fn. 20), S.204; Schmidt-Kessel, Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten, ZfPW 2017, 84, 89.

データを報酬として支払う契約の法的理解に関する議論については、他に、Faust, Gutachten Teil A: Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, 2016, A 16ff.; Langhanke/Schmidt-Kessel, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218 ff.; Metzger, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 216 (2016), 818 ff.; Spindler, Digitale Wirtschaft – analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, JZ 2016, 805. 806 f.; Bräutigam, a.a.O., (Fn.18), 635ff.がある。

データ保護法4条1項によれば、明示の法規定あるいは当事者の同意がない限り、データの処理及び利用は禁止される。したがって、利用者の反対給付の内容としては、個人情報の提供そのものとともに、当該個人情報のデータ処理及び利用への同意が重要であるとするものである。

利用契約の性質のうち第二は、ソーシャルネットワーク事業者を受任者とし、利用者を委任者とする無償委任契約であるとする説である⁽²⁵⁾。金銭上の対価を支払わないことから、無償契約であるとする⁽²⁶⁾。

第三は、典型契約による性質決定はできないとする説である⁽²⁷⁾。

(2) SNS事業者の義務

ソーシャルネットワークサービスのアカウントには、著作権で保護される素材を含みうるとしても、アカウント自体は知的財産権ではなく、アカウント権利者と事業者の契約関係の集合にすぎない⁽²⁸⁾。このことを前提とし、本判決を支持して、SNS事業者の義務は、純個人的なものではなく純粋に技術的なサービスであるとする見解が多い⁽²⁹⁾。

一方で、特定の人的領域内での交流という利用者の純個人的な契約目

(25) Redeker, IT-Recht, 5. Aufl., 2012, Rz. 1174.

(26) Redekerの見解について、臼井豊「デジタル遺品の法的処理に関する一考察(2・完)」立命館法学368号224頁以下(2016年)参照。

(27) Bericht der Arbeitsgruppe, a.a.O., (Fn. 20), S.197.

個人情報の利用とデジタル・サービスの提供に関わる当該契約の特殊性を踏まえてデータ保護法上の同意の表示を独自の非典型的な反対給付とした双務契約を検討するものとして、Louisa Specht, Daten als Gegenleistung - Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?, JZ 2017, 763ff.; Axel Metzger, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP216(2016), S.817ff.

(28) Schack, Weiterleben nach dem Tode - wie lange? Postmortale Begrenzungen subjektiver Rechte, JZ 2019, 864, 870; Kutscher, a.a.O., (Fn. 21), S. 44, 45ff.

(29) Wellenhofer, Anm. zu BGH Urteil vom 12. 7. 2018, JuS2018, 1101, 1102他。

的を考慮すべきとする見解もある³⁰⁾。Leipoldは、本判決がSNS事業者の義務を純粋に技術的な性質であると判断したことについて、形式的な判断であるとする。そして、保存されたコンテンツを含むアカウントを相続によって第三者へ譲渡することを妨げる契約の法的性質は、純個人的な契約目的から推測できるとする³¹⁾。

第二款 不当条項規制に関する議論

本款では、不当条項規制に関する学説の議論を検討する。はじめに、本判決で判断された論点である（１）相続性の契約による排除、（２）譲渡禁止条項と相続性との関係、（３）追悼規律の解釈及び（４）追悼規律の有効性に関する議論を検討し、次に、本判決では判断されていない相続禁止条項の有効性に関する議論を検討する（５）。最後に、本判決の射程に関する議論を扱う（６）。

（１）相続性の契約による排除

本判決は、相続性は契約によって排除できるという原則を確認した。契約関係及びそこから生じる請求権の相続性を否定する個別の合意が可能なことについては従来の学説で争いのない見解であり、この論点につ

³⁰⁾ Leipold, a.a.O., (Fn.22), § 1922 Rn.33.

³¹⁾ アカウントの法的性質及びSNS事業者の義務が純個人的なものであれば、一身専属権となり得、相続財産に含まれないことになる。それゆえ、純個人的なものであるか否かはアカウントの相続性を認めるか否かに関して大きくかわる問題であるが、本稿では、本判決が示す「純粋に技術的なサービス」であり純個人的なものではないとの見解を前提として議論を進める。アカウントの一身専属性に関する議論について、白井豊「デジタル遺品訴訟のゆくえ（３・完）－BGH2018年7月12日判決の速報と解説・論評－」立命館法学384号131頁以下（2019年）参照。

いての本判決の判断は学説において概ね支持されている³²⁾。契約自由の原則により、被相続人が債務者との間で債権の相続禁止を合意することにより、相続の範囲を縮減することは許される³³⁾。したがって、個別合意によって、アカウントを純個人的な、相続できない法的取引であるとすることや、利用者の死亡により消滅・終了したりすることが自由でできることになるが、このような合意はほぼ見られない³⁴⁾。

(2) 譲渡禁止条項と相続性との関係

本判決は、利用規約上の譲渡禁止条項は、生存中の利用者に適用するものであり、死亡に関する条項ではないとした。このことに関して、譲渡禁止条項（ド民399条2文³⁵⁾）は、それのみでは相続禁止合意とはならないことを本判決が示したとし、この判断を支持する学説が多い³⁶⁾。一方で、生存中のユーザーアカウントの譲渡を禁止する条項またはいわゆるアカウント共有を禁止する条項から、相続性の否定を見て取れるとする見解もある³⁷⁾。

32) Leipold, in :MünchKommBGB, Bd.10, 7.Aufl., 2017, § 1922 Rn.21; Preuß, in Beck-Online GrosskommentarBGB, Stand 1. Juni 2018, § 1922 Rn. 173; ders, Digitaler Nachlass – Vererbbarkeit eines Kontos bei einem sozialen Netzwerk, NJW 2018, 3146, 3148; Schack, a.a.O., (Fn.28), S.865; Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.589; Kutscher, a.a.O., (Fn.21), S. 155 ff.

33) ただし、ド民1922条が定める包括承継原則は強行法である（太田=佐藤編・前掲注（1）31頁）。そのため、私人間の合意により相続財産を縮減することが当然に認められるか否かについては疑問が残る。

34) Schack, a.a.O., (Fn.28), S.865.

35) ドイツ民法399条（内容変更又は合意による譲渡禁止）

債権は、その内容を変更しなければ当初の債権者以外の者に供給することができないとき、又は債務者との合意により譲渡を禁止したときは、譲渡することができない。

36) Schack, a.a.O., (Fn.28), S.865; Kunz, in: StaudingerBGB, 2017, § 1922 Rn.73; Busche, in : Staudinger BGB, 2017, §399 Rn.78.

37) Leipold, a.a.O., (Fn.32), § 1922 Rn.21; Gomille, Information als Nachlassgegenstand, ZUM 2018, 660, 661.

（3）追悼規律の解釈³⁸⁾

本判決は、追悼規律は内容規制を免れる給付記述ではなく、既存の給付範囲の事後的な変更であるとした。SNS事業者であるYの契約上の主たる給付義務は通信プラットフォームの提供、すなわち、アカウントへのアクセス・保存されているコンテンツへのアクセス・それらの処分を利用者に可能とする義務であり、当該義務は原則として制限なく存続するとした。そして、追悼規律によって、新たな契約当事者である相続人との関係において、死亡通知後は当該義務が制限されることになるので、追悼規律は、利用規約に基づく請求権の本質的内容の変更であると解釈した。

給付記述ではなく内容規制の対象となるとの本判決の判断に異論を唱える見解は見られない。内容規制の対象となるとする理由としては、本判決の理由付けの他に学説では、「追悼状態」にすることにより、既存のデータが事実上無価値になるので、「追悼状態」の間に相続人のアクセスを制限する規約は、ド民307条3項1文の意味において、ド民1922条の規定と相違するとする見解³⁹⁾、追悼規律は相続禁止ではなく利用者が追悼アカウントを指定しない場合に相続性を排除する条項であるとする見解がある⁴⁰⁾。

38) なお、本判決を受けて2020年2月現在では、追悼状態に関する規律は利用規約においても定められている。Facebook利用規約は、「3. Facebookとコミュニティに対する利用者の制約—5. その他」において、「5. 利用者は、ご自身のアカウントが追悼アカウントとなる場合に備えて、アカウントの管理人（追悼アカウント管理人）を指定することができます。追悼アカウントとなった場合には、そのアカウントに関する情報開示を求めることのできる権利者は、追悼アカウント管理人、または有効な遺書もしくは類似書類において、利用者が死亡もしくは無能力となった場合に利用者のコンテンツを開示することにつき利用者の明確な同意を得ている特定の人のみとなります。」と定める。

39) Gloser, Anm. zu KG, Urt. vom 31. 5. 2017, DNotZ 2018, 286, 310; Pruns, AnwZert ErbR 16/2016 Anm. 2.

40) Gomille, a.a.O., (Fn.37), S.665f.

(4) 追悼規律の有効性

追悼規律はド民307条に基づき無効となるとする本判決の判断を支持する学説が大部分であり、追悼規律を有効とする見解はほぼみられない⁽⁴¹⁾。

(i) 法規定の本質的基本理念と相容れず不当な不利益がある（ド民307条1項及び2項1号）

本判決は第一に、追悼規律は、ド民307条2項1号に基づき、ド民1922条の本質的基本理念である包括承継原則に相容れず不当な不利益があるため、ド民307条1項により無効となるとした。ド民307条2項1号の「相容れないとき」要件を満たすか否かの判断基準となる約款使用者側の正当な利益は、通信の秘密に関する利益であるとし、相続人は電気通信法88条3項の「他人」ではないことを理由として、約款使用者側の正当な利益は無いとした。

ド民307条2項1号の「相容れないとき」要件について、法規定を回避することが約款使用者側の優越する利益、または少なくとも等価値の利益によって正当化される場合には、その回避は本質的基本理念と合致しうる⁽⁴²⁾。したがって、「相容れないとき」要件を満たすか否かは約款使用者と相手方の利益衡量の問題である⁽⁴³⁾。

Gomilleは、利益衡量について次のように述べる。SNS事業者の利益を利用者の死亡による法的地位の終了とし、相続人の利益を被相続人のアカウントへのアクセスとし、両者の利益状況に照らして、アクセス権の相続可能性の一般的な排除及び同等の効力を持つ条項はド民307条1

(41) 追悼条項を有効とする見解として、Kunz, a.a.O., (Fn.36), §1922 Rn.596.26f.がある。

(42) 前掲注 (13) 参照。

(43) Gomille, a.a.O., (Fn.37), S.665; Wurmnest, in :MünchKommBGB, Bd.2, 7.Aufl., 2019, § 307 Rn.33.

項による無効となる⁽⁴⁴⁾。SNS事業者の利益である利用者の死亡による法的地位の終了に関して、著作権者は、ドイツ著作権法31条1項2文に従って、著作権者の死亡を限度とした使用权を付与することができる。したがって、このことを定める条項が有効であることには疑いが無い。なぜなら、多少なりとも自由に使用权を設定することで、著作権者の利活用の機会が増加するからであり、このことは著作権法上も望ましいことである⁽⁴⁵⁾。これに対して、保存領域の提供を含むオンライン通信の単なる技術的な取扱いの場合は、電子メールプロバイダと同等のサービスプロバイダに匹敵する利益はない。これは人格に関するものではない純粋に技術的なサービスであり、また、死亡によってユーザーのアカウントを停止した場合に、事業者の商機の増加や費用の減少にならないからである。相続人の利益である被相続人のアカウントへのアクセスについてGomilleは、ドイツ基本法14条により保障されるべき非常に重大な利益であるとする⁽⁴⁶⁾。また、相続人は、遺産を管理するために、保存されている意思表示その他財産権に関連する情報を知る必要があるため、相続人には利益があるとする。

Gloserは、追悼規律を有効とすると、権利承継者の既存のアクセス情報でのアカウントへのアクセスの可能性が偶然に左右され、SNS事業者

(44) Gomille, a.a.O., (Fn.37), S.665.

(45) Rehinder/Peukert, Urheberrecht, 18. Aufl., 2018, Rn. 823.

(46) ドイツ基本法14条（財産権、相続権、公用収用）

1項 財産権及び相続権は、これを保障する。内容及び制限は、法律で定める。

2項 財産権は、義務をともなう。その行使は、同時に公共の福祉に役立つものでなければならない。

3項 公用収用は、公共の福祉のためにのみ許される。公用収用は、法律により、又は補償の方法及び程度を規定する法律に基づいてのみ、これを行なうことが許される。補償は、公共の利益と関係者の利益とを正當に衡量して、これを決定する。補償の額につき争いのあるときは、通常の裁判所への出訴が認められる。

が相続人が行なえることを制限できることになってしまうため、ド民307条2項1号（及び2号）により無効としたことは正当であるとする⁽⁴⁷⁾。

(ii) 契約目的達成を危殆化するほど制限し、不当な不利益がある（ド民307条1項及び2項2号）⁽⁴⁸⁾

本判決は第二に、追悼規律には、ド民307条2項2号に示された契約目的達成を危殆化するほど制限し不当な不利益があるため、ド民307条1項により無効となるとした。追悼状態への移行により、アカウントへのアクセス・保存されているコンテンツへのアクセス・それらの処分権限という当該契約から生じる本質的権利が無くなることになり、これは、契約目的の達成が不可能となることにつながるとした。これに関してBudzikiewiczは、条項の解釈により有効性判断が異なるとし、追悼規律のようなデータへの被相続人のアクセスの禁止と理解する場合には無効となるとする⁽⁴⁹⁾。理由は、本判決が示すように、データへのアクセスを認めることはSNS事業者の主たる給付義務であるので、アクセス禁止は契約の性質から生ずる本質的な義務の契約目的達成を危殆化させるからである。

Gloserは、第三者による「追悼アカウント」申請により相続人のデータアクセスを永久に阻止することは、利用契約の目的、具体的には通信内容の引渡請求権を危うくするものであるとする⁽⁵⁰⁾。

(47) Gloser, Anm. zu BGH Urteil vom 12. 7. 2018, DNotZ 2018, 846, 861; ders., Anm. zu LG Berlin Urteil vom 17.12.2015, DNotZ 2016, 537, 549; ders., a.a.O., (Fn.39), S.310; Alexander, Digitaler Nachlass als Rechtsproblem?, K & R 2016, 301, 306; Pruns, a.a.O., (Fn.39), Anm. 2. この理由付けは、ド民308条4号（変更留保条項）該当性と通じるものがあると言える。

(48) 追悼規律の有効性に関してド民307条2項2号に言及する見解として、Gloser, a.a.O., (Fn.47), S.548f.; Kutscher, a.a.O., (Fn.21), S. 126 ff.; Raude, Der digitale Nachlass in der notariellen Praxis, RNotZ 2017, 17, 23がある。

(49) Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.589f.

(50) Gloser, a.a.O., (Fn.47), S.548.

(5) 相続禁止条項の有効性

本判決は、契約上の利用関係及びそこから生じるアカウントアクセス権の相続性が普通取引約款によって有効に排除されるかどうかについて判断しないとした。学説では有効とする見解と無効とする見解が主張されている。

(i) 相続禁止条項を有効とする見解⁽⁵¹⁾

有効性の判断基準について、ド民1922条に基づく原則からの乖離ではなく、被相続人が自己の遺産に関して決定することができる権利を、相続禁止条項が制限することが許されるか否かを顧慮すべきとする見解がある⁽⁵²⁾。これによると、事業者が相続禁止への正当な利益を持つ場合には、制限は許されることになる⁽⁵³⁾。相続性を認めることは、SNS事業者の利益に反する⁽⁵⁴⁾。なぜなら、相続を認めることにより、相続人と被相続人の利用関係に関する情報が混在し、個々人の興味関心をSNS事業者が特定することが困難になるからである。そのことにより、SNS事業者は効果的な広告の配信をすることができなくなる。SNS事業者にとって利用者の同一性が重要である点については、たとえばFacebookが利用規約で、第三者によるアカウントアクセスの禁止、虚偽の個人情報入力 of 禁止を定めることから読み取れる。

ド民1922条は法的地位の相続性について定めるものではないため、同

(51) Leipold, a.a.O., (Fn.32), § 1922 Rn.29; Biemann, in: Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Aufl., 2018, § 50 Rn. 58 ff.; Kunz, a.a.O., (Fn.36), §1922 Rn.596.22 ff.; Bock, a.a.O., (Fn.18), S.411ff.; Lange/Holtwiesche, a.a.O., (Fn.21), S.127 ff.; Raude, Rechtsprobleme des digitalen Nachlasses: Der Anspruch der Erben auf Zugang zum Account des Erblassers in sozialen Netzwerken, ZEV 2017, 433, 437; Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.589.

(52) Lange/Holtwiesche, a.a.O., (Fn.21), S.129 ff.; Bock, a.a.O., (Fn.18), S.412; Raude, a.a.O., (Fn.51), S.437.

(53) Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.569.

(54) Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.571.

規定を根拠として相続禁止条項の有効性を判断することは難しい⁵⁵⁾。

また、振替口座契約の相続を否定した連邦通常裁判所2000年1月18日判決（以下、「振替口座契約判決」という。）と同様に考えるべきとする見解もある⁵⁶⁾。振替口座契約判決は、振替関係に財産的価値は無いとし、被相続人の契約関係を相続するのではなく、相続人自身の契約関係が銀行との間で作られるとの判断をした。

相続禁止条項の解釈により有効性が異なるとする見解は、相続禁止条項を相続によるアカウント継続の否定と理解する場合には有効であるとする⁵⁷⁾。SNS事業者にとって合理的な契約の清算の観点から、被相続人との契約を終了させることについて正当な利益がある⁵⁸⁾。一方で、相続禁止条項は相続人の利益にも反しない。なぜなら、被相続人との契約は継続的債務関係としては特別な財産的価値は無く、相続人自身がSNS事業者と契約が締結可能であるからである。

利用者の反対給付に着目した場合、反対給付はデータ保護法を根拠として要求される個人情報に関するデータ処理及び利用への同意と理解すると、アカウントの相続はデータの将来の利用への同意があった場合にのみ認められることとなる⁵⁹⁾。

⁵⁵⁾ Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.589; Lange/Holtwiesche, a.a.O., (Fn.21), S.129.

⁵⁶⁾ Burandt/Rojahn/Bräutigam, Erbrecht, 2. Aufl., 2014, § 1922 Anhang. Digitaler Nachlass Rn. 5; Bräutigam, a.a.O., (Fn.21), 18f.

⁵⁷⁾ Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.589.

⁵⁸⁾ Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.590; Lange/Holtwiesche, a.a.O., (Fn.21), S.129.

⁵⁹⁾ Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.570.

(ii) 相続禁止条項を無効とする見解⁽⁶⁰⁾

本判決が追悼規律に関して示した理由と同様に、相続禁止条項はド民1922条の包括承継原則と矛盾することを理由とする見解がある⁽⁶¹⁾。

相続人は、利用者の死亡により、当該契約関係を引き継ぐのが原則である⁽⁶²⁾。このことはソーシャルネットワーク契約についても同様であるといえる⁽⁶³⁾。なぜなら、本判決が示すように、SNS事業者の給付義務の

(60) Gloser, „Digitale Erblasser“ und „digitale Vorsorgefälle“ – Herausforderungen der Online-Welt in der notariellen Praxis – Teil I, MittBayNot 2016, 12, 19; Herzog, Der digitale Nachlass – ein bisher kaum gesehenes und häufig missverständenes Problem, NJW 2013, 3745, 3751; Kutscher, a.a.O., (Fn.21), S. 126 f.; Herzog, in: NK-NachfolgeR, Kap. 9 Rn. 92; Pruns, a.a.O., (Fn.39), Anm. 2; Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.589; Gomille, a.a.O., (Fn.37), S.666.

(61) Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.570; Kutscher, a.a.O., (Fn.21), S.158; Seidler, Digitaler Nachlass, 2016, S.144.

ただし、相続性を肯定した上で相続された権利を制限する追悼条項に関する本判決の判断枠組みが、相続性の有無を直接の対象とする相続禁止条項に問題なく適用されるのかどうかは検討の必要がある。

(62) Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.569; Leipold, a.a.O., (Fn.32), § 1922 Rn.25; Kunz, a.a.O., (Fn.36), § 1922 Rn. 596.10 ff., 619; Biermann, Anm. zu BFH, Urt. vom 19. Februar 2013, ZERB 2013, 210, 213; Bock, a.a.O., (Fn.18), S.395f.; Brinkert/Stolze/Heidrich, Der Tod und das soziale Netzwerk - Digitaler Nachlass in Theorie und Praxis, ZD 2013, 153, 155; Brisch/Müller-ter Jung, Digitaler Nachlass - Das Schicksal von E-Mail- und De-Mail-Accounts sowie Mediencenter-Inhalten, CR 2013, 446, 449; Herzog, in: Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, Stellungnahme Nr. 34/2013, 51; Lange/Holtwiesche, a.a.O., (Fn.21), S.126; Pruns, Keine Angst vor dem digitalen Nachlass!, NWB 2013, 3161, 3164; Solmecke/Köbrich/Schmitt, Der digitale Nachlass – haben Erben einen Auskunftsanspruch? Überblick über den rechtssicheren Umgang mit den Daten von Verstorbenen, MMR 2015, 291; Steiner/Holzer, Praktische Empfehlungen zum digitalen Nachlass, ZEV 2015, 262, 263; Bericht der Arbeitsgruppe, a.a.O., (Fn. 20), S.338ff.; Burandt/Rojahn/Bräutigam, a.a.O., (Fn.56), § 1922 Anhang. Digitaler Nachlass Rn. 5.

(63) Klas/Möhrke-Sobolewski, Digitaler Nachlass – Erbenschutz trotz Datenschutz, NJW 2015, 3473, 3474; Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.569.

内容は、相手方によって異なるものでないため、相手方の変更は事業者にとって問題とならないからである。

また、有効説が指摘する振替口座契約判決と同様に考えるべきでない⁽⁶⁴⁾。当該判決は、後位相続事案であり⁽⁶⁵⁾、先位相続人が自分のために継続した振替口座が相続財産に属することを否定し、被相続人から後位相続人への承継を否定したものである。当該判決は、先位相続人への承継は肯定する⁽⁶⁶⁾。したがって、ユーザーアカウントの相続性の否定は、当該判決からは導き出されない。

相続禁止条項の解釈により有効性が異なるとする見解は、相続禁止条項をアカウント削除などのデータへの被相続人のアクセス禁止と理解する場合にはド民307条2項2号に基づき無効であるとする⁽⁶⁷⁾。本判決が述べるように、データへのアクセスを認めることはSNS事業者の主たる給付義務であり、アクセス禁止は、契約の目的から生ずる本質的な義務の契約目的を危殆化する。本判決のこの枠組みは、アクセス禁止の性質を持つ相続禁止条項にも当てはまる。また、利用契約の使用貸借の性質とも矛盾する。契約終了後の原状回復義務に、事業者の元にある利用者が投稿したデータの収去が含まれる。しかしながら、アクセス禁止によりデータの収去が不可能となってしまう。死亡後の相当期間経過後に

(64) Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.569; Herzog, a.a.O., (Fn.60), S.3747, 3749; Pruns, a.a.O., (Fn.62), S.3164 f.

(65) 被相続人は、第一次的にある者が相続人になったのち、一定の時期が到来し、または一定の事実が生じた場合に、つぎに相続人となる者を指定することができる。このつぎの相続人となる者と指定された者を後位相続人といい、初めに相続人となる者（法定相続人であることも、死因処分によって相続人に指定された者であることもある）を先位相続人という。一定の時期の到来または一定の事実の発生により被相続人から後位相続人へと後位相続がなされる（山田晟『ドイツ法律用語辞典〔改訂増補版〕』（大学書林、1994年）423頁、433頁参照）。

(66) BGH NJW 1996, 190, 191 unter II.2.a. このことについては既に、Herzog, a.a.O., (Fn.62), S.37が指摘する。

(67) Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.590.

アカウントを削除する条項は信義則に反せず有効となる⁶⁸⁾。

本判決は、追悼規律を相続性を否定するものとはしていないが、相続された利用関係を空洞化することから、これがド民307条1項の「不当な不利益」にあたるとした。本判決のこの見解に基づけば、利用権の空洞化が合意されていない場合でもアカウントの相続の一般的な排除は、契約相手方の不当な不利益とみなされてもよく、したがって、相続禁止条項は約款規制に服し無効となるとする見解もある⁶⁹⁾。

（6）本判決の射程

本判決の射程については、広くとらえる見解と、狭くとらえる見解がある。広くとらえる見解としては、いわゆるデジタル遺品の相続に関するすべての問題にとって重要なものであるとする見解がある⁷⁰⁾。具体的に、FacebookやInstagramなどのSNS事業者だけでなく、たとえばメッセージングサービスまたはクラウド提供者のような電気通信サービスの他の提供者にとっても相続人の権利を大幅に強化するとする見解もある⁷¹⁾。

Eメールサービスやドメイン利用権にも本判決の射程が及ぶとする見解で、これらのサービスは、利用者の興味関心に関する情報を収集してそれに合った広告を配信しないことから、相続人は契約関係を引き継ぐとするものもある⁷²⁾。

(68) Leipold, a.a.O., (Fn.22), § 1922 Rn.45; Schack, a.a.O., (Fn.28), S.870; Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.589; Lieder/Berneith, Anm. zu BGH Urteil vom 12. 7. 2018, FamRZ 2018, 1486, 1488.

(69) Preuß, a.a.O., (Fn.32), S.3148.

(70) Wellenhofer, a.a.O., (Fn.29), S.1104.

(71) Burandt, Anm. zu BGH Urteil vom 12. 7. 2018, FuR2018, 676.

(72) Budzikiewicz, a.a.O., (Fn.18), S.571; Kunz, a.a.O., (Fn.36), §1922 Rn.619; Hoeren, Der Tod und das Internet - Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers, NJW 2005, 2113, 2115 f.; Herzog, a.a.O., (Fn.62), S.48 f.; Bericht der Arbeitsgruppe, a.a.O., (Fn. 20), S.385f.; Steiner/Holzer, a.a.O., (Fn.62), S.263.

裁判例においては、LG Münster 2019年4月16日判決が、本判決をクラウド・サービスにも妥当させ、Appleに対して、死亡したiCloud ユーザーの相続人にネット・サービスへのアクセスを認めなければならないと判示した⁽⁷³⁾。相続人は、写真、電子メール、その他ドキュメントなど iCloud 上に保存されたデータから、死亡理由・原因に関する情報を期待している。相続人側によれば、父親が旅行中に外国で死亡した。裁判外でApple は、上記データにアクセスしたいという近親者の望みを聞き入れなかった。Apple は、本件の説明をしようとはしなかった。しかし専門家は、過去に類似の事例において裁判手続によらなくても、相続証書の呈示があれば相続人のアクセスを可能とした事実を指摘する。

(73) 白井・前掲注 (31) 170頁。